

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales

Sanou, Tonssira

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2009

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Sanou, T 2009, 'Brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 35, p. 64-73.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

93. Le caractère matériel ou intellectuel du transfert du contenu de la base de données n'est pas déterminant pour l'étendue du droit *sui generis*²⁸⁹. L'existence d'un tri²⁹⁰ effectué par le tiers ou en cours d'adaptations²⁹¹ par ce dernier des éléments extraits, est également indifférente. Ainsi « la reprise d'éléments d'une base de données protégée dans une autre base de données à l'issue d'une consultation de la première base sur écran et d'une appréciation individuelle des éléments contenus dans celle-ci est susceptible de constituer une "extraction" au sens de l'article 7 »²⁹².

5. Conclusion

94. Nous retiendrons le rôle central accordé par la C.J.C.E. à la protection de l'investissement présidant à l'activité de mise en place de *systèmes de stockage et de traitement d'informations*²⁹³. C'est en effet ce critère qui a présidé à l'interprétation qui a été faite de nombreuses notions relevant du droit *sui generis*, en particulier ceux d'investissement substantiel, d'extraction et de réutilisation. C'est aussi cet objectif de la protection de l'investissement qui a permis à la cour de préciser quels étaient les éléments constitutifs de l'atteinte au droit *sui generis*.

D. Brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales

Myriam TONSSIRA SANOU²⁹⁴

95. Exposées à l'article 52 de la Convention de Munich sur le brevet européen et aux articles 2 et suivants de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, les conditions d'obtention du brevet excluent les programmes d'ordinateur et les méthodes commerciales de la brevetabilité. Ces textes prévoient que : « ne sont pas considérées comme des inventions..., notamment (...) les plans, principes et méthodes dans le domaine des activités économiques ainsi que les programmes d'ordinateur ». Cependant, il est également précisé que ceux-ci ne sont exclus de la brevetabilité que lorsque la demande porte sur ces éléments en tant que tels. L'ambiguïté de la notion « en tant que tels » constitue la brèche qui a permis à l'Office européen des brevets (O.E.B.) d'inclure de plus en plus les logiciels et les méthodes commerciales dans la catégorie des inventions brevetables en manipulant parfois les concepts. Cette attitude est davantage perceptible pour le programme d'ordinateur dont la brevetabilité a été progressivement admise tandis que pour les méthodes commerciales, une plus grande rigueur reste de mise dans l'appréciation du caractère technique. Les tendances actuelles apportent-elles un renouveau ou s'inscrivent-elles dans la continuité ? C'est ce à quoi nous apporterons une réponse en examinant quelques décisions de l'O.E.B. et des tribunaux belges rendues de 2002 à nos jours, dans le domaine de la brevetabilité du programme d'ordinateur (1) et des méthodes commerciales (2).

²⁸⁹ C.J.C.E., 9 octobre 2008, *Directmedia Publishing*, op. cit., § 37.

²⁹⁰ *Ibid.*, § 45.

²⁹¹ *Ibid.*, § 39.

²⁹² C.J.C.E., 9 octobre 2008, *Directmedia Publishing*, op. cit., § 60.

²⁹³ C.J.C.E., 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd. c. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE*, § 40 ; C.J.C.E., 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, op. cit., § 31.

²⁹⁴ Chercheuse au CRID.

1. L'évolution de la jurisprudence sur la brevetabilité des logiciels

96. Dans ses décisions sur la brevetabilité des logiciels, l'O.E.B. semble reconnaître que l'activité de programmation et les informations utilisées dans un système informatique peuvent revêtir un caractère technique (a). Il paraît aussi admettre de manière détournée que le logiciel est brevetable (b).

a. L'appréciation de la technicité de l'activité de programmation et des informations utilisées dans un système informatique

97. L'O.E.B. a progressé dans l'appréciation de l'activité de programmation. En effet, tandis que dans la jurisprudence antérieure, celle-ci est perçue comme une activité intellectuelle semblable aux non-inventions prévues par l'article 52(1) de la C.B.E., dans la tendance actuelle, il est reconnu qu'elle revêt un caractère technique. En outre, l'O.E.B. confirme que l'utilisation d'information peut contribuer au caractère technique d'une invention.

98. Dans la logique de la jurisprudence antérieure²⁹⁵, l'O.E.B. a, dans l'affaire *International Computer Limited*²⁹⁶, qualifié l'activité de modélisation d'information du programmeur informatique d'activité intellectuelle présentant toutes les caractéristiques des domaines de connaissance non techniques et se rapprochant donc des non-inventions visées à l'article 52(2)a) et c), de la C.B.E.²⁹⁷. En l'espèce, il s'agissait d'une méthode de modélisation²⁹⁸ d'un système physique dans un ordinateur, où des objets abstraits et leurs attributs étaient dérivés des éléments physiques et de leurs caractéristiques, et où tous les objets, attributs et relations étaient stockés dans des tableaux avec la technologie des bases de données relationnelles.

La chambre a considéré que la modélisation d'information était un procédé formalisé, mis en œuvre par un ingénieur système ou un homme du métier effectuant des tâches similaires à un premier stade du développement de logiciels, afin de rassembler systématiquement des données concernant le système physique à modéliser ou à simuler, et afin de produire, comme c'était le cas, un modèle réel du système sur papier. La chambre a souligné que si la modélisation d'information concrétisait des concepts et des méthodes utiles au développement de systèmes de logiciels complexes, elle constituait, en tant que telle, une activité intellectuelle.

99. Pour l'O.E.B., dans l'appréciation de l'activité inventive, il convient donc de traiter cette activité comme n'importe quelle autre activité humaine dans un domaine non technique qui, en tant que telle, ne constitue pas une invention aux fins de l'article 52(1) de la C.B.E. En toute logique, la brevetabilité a été écartée pour défaut d'activité inventive. À l'inverse, dans la décision

²⁹⁵ O.E.B., CRT, 16 avril 1993, *IBM Corporation*, T 0833/91 et O.E.B., CRT, 31 mai 1994, *Sohei, Yamamoto, et al*, T 769/92, décisions disponibles sur le site de l'O.E.B.

²⁹⁶ O.E.B., CRT, 5 mars 2002, *International Computer Limited*, T 49/99, disponible sur le site de l'O.E.B. Le résumé de cette décision est tiré de la jurisprudence des chambres de recours de l'O.E.B., document disponible sur le site de l'O.E.B.

²⁹⁷ Article qui exclut en plus des programmes d'ordinateur et des méthodes commerciales, les découvertes, les théories scientifiques, les méthodes mathématiques et les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles.

²⁹⁸ La modélisation est une étape de construction d'un système d'information.

*Systran s.a.*²⁹⁹, la technicité de l'activité de programmation semble être reconnue³⁰⁰. En l'espèce, il s'agissait d'une méthode de traduction entre des langues naturelles grâce à l'emploi de divers termes linguistiques et d'un processus de traduction impliquant des aspects linguistiques. L'O.E.B. souligne dans le cadre de l'appréciation de la technicité, que la mise en œuvre d'une fonction sur un système informatique fait toujours intervenir des considérations d'ordre technique, du moins de façon implicite.

Dans les motivations de sa décision, sa référence aux tâches routinières de l'ordinateur laisse penser que la mise en œuvre de la fonction se rapporte à l'activité de programmation de l'ordinateur. En effet, l'O.E.B. reconnaît que le fait d'opter pour un principe de traduction plutôt que pour un autre entraîne indubitablement des répercussions sur la mise en œuvre technique puisque les tâches routinières de l'ordinateur s'effectueront différemment.

À côté de la reconnaissance du caractère technique de l'activité de programmation en elle-même, l'O.E.B. confirme que l'utilisation de la modélisation d'information pour apporter une solution à un problème technique peut contribuer au caractère technique d'une invention.

100. Cette approche ressort de l'affaire *International Computer Limited* précitée et a été adoptée dans l'affaire *Systran s.a.* où une des questions était de savoir si les concepts et méthodes linguistiques utilisés pour la traduction pouvaient faire partie d'une invention technique. Sur ce point, l'O.E.B. a confirmé que selon la jurisprudence antérieure, il semblait admis que l'utilisation d'une information dans un système technique, ou le fait qu'elle puisse être utilisée à cette fin, peut conférer un caractère technique à l'information proprement dite, en ce sens que l'information reflète les propriétés du système technique, par exemple au moyen d'un formatage et/ou d'un traitement spécifique. Il en a déduit qu'une telle information, lorsqu'elle est utilisée dans le système technique ou traitée par ce système, pourrait faire partie d'une solution technique à un problème technique, et constituer la base d'une contribution technique de l'invention à l'état de la technique.

Pour l'O.E.B., il importait peu que l'information soit utilisée ou traitée par un ordinateur classique, ou par tout autre appareil classique de traitement de l'information. Il a donc conclu que les informations et les méthodes liées à la linguistique permettent en principe de supposer un caractère technique, si elles sont utilisées dans un système informatique et qu'elles font partie d'une solution à un problème technique. Il précise qu'il convient toutefois d'ignorer, pour l'appréciation de l'activité inventive, les caractéristiques ou aspects de la méthode qui ne reflètent que des particularités linguistiques. Dans le cas d'espèce, les différences techniques établissant la nouveauté du procédé revendiqué étaient dénuées d'activité inventive puisqu'elles avaient leur origine dans une contrainte non technique du problème technique, dont la mise en œuvre était évidente.

²⁹⁹ O.E.B., CRT, *SYSTRAN s.a.*, 9 juillet 2002, T 1177/97, disponible sur le site de l'O.E.B. Les faits de la décision sont tirés de la jurisprudence des chambres de recours de l'O.E.B.

³⁰⁰ C'est ce qui ressort de la saisine de la grande chambre de recours sur la question de la brevetabilité des programmes d'ordinateur. Voy. O.E.B., grande chambre de recours, 11 novembre 2008, G 3/08, saisine en instance en vertu de l'article 112(1)b) C.B.E. par le président de l'O.E.B. sur la brevetabilité des programmes d'ordinateur, pp. 11-12.

b. L'affaire Microsoft: la reconnaissance détournée de la brevetabilité du logiciel

101. Dans l'affaire *Microsoft* en 2004³⁰¹, l'O.E.B. a admis la brevetabilité de l'outil presse papier qui permet de transférer différents types de fichiers d'une application à une autre, en admettant la validité, sur le plan des différents critères de brevetabilité (technicité, activité inventive et nouveauté), de la méthode mise en œuvre dans le système informatique.

Le programme d'ordinateur est considéré comme une «série d'instructions destinées à une machine (l'ordinateur) et plus précisément à faire produire à cette machine un certain résultat»³⁰². Comme on le constate, le programme d'ordinateur s'apparente à un procédé qui est mis en œuvre sur un ordinateur. La décision de l'O.E.B. semble ouvrir la voie à une admission plus large de la brevetabilité des programmes d'ordinateurs en opérant une distinction entre deux concepts dont les contours restent très flous, c'est-à-dire le programme d'ordinateur et la méthode mise en œuvre dans un système informatique.

Ainsi, sur le point préalable de l'exclusion de l'élément revendiqué de la brevetabilité, l'O.E.B. relève que la revendication qui porte sur une «méthode mise en œuvre dans un système informatique» ne peut pas se rapporter à un «programme d'ordinateur» en tant que tel, exclu de la brevetabilité. Cette distinction opérée par la C.R.T. serait à comprendre dans le sens suivant: une méthode mise en œuvre dans un système informatique constitue une séquence d'étapes effectivement accomplies et produisant un effet, et non une séquence d'instructions exécutables par ordinateur tel que le ferait un programme d'ordinateur et qui ne peuvent atteindre un tel effet que si elles sont chargées dans un ordinateur, et exploitées sur ce dernier.

102. Il est clair que cette décision ne fait que renforcer une ambiguïté déjà présente, en ce que, comme précédemment relevé, le programme d'ordinateur constitue une méthode, un procédé visant à faire produire des effets à l'ordinateur. Dire qu'une revendication portant sur de telles séries d'instructions est différente de la revendication portant sur le programme d'ordinateur n'apporte aucune clarté conceptuelle. À tout le moins, une telle distinction se traduira juste par un changement d'attitude des demandeurs de brevets: l'accent devra dorénavant être mis sur la manière dont la revendication est faite, en s'appuyant davantage sur le procédé implémenté par le programme d'ordinateur³⁰³. De ce fait, il semble que la brevetabilité du programme d'ordinateur est largement admise et que le brevet pourra facilement être accordé en s'appuyant sur la formulation de la revendication. Dans la jurisprudence antérieure, les chambres de recours conditionnaient la brevetabilité du programme d'ordinateur à sa fonction, c'est-à-dire à sa technicité. Dans la décision *Microsoft*, elles vont plus loin en mettant l'accent sur la manière dont le programme d'ordinateur est revendiqué, c'est-à-dire en tant qu'une série d'instructions implémentée dans un système informatique.

103. Concernant le caractère technique de la revendication, l'O.E.B. s'abstient de vérifier la condition «d'effet technique supplémentaire» posée par la jurisprudence antérieure pour la

³⁰¹ Pour un commentaire de cette décision, voy. S. DUSOLLIER, «Le brevet logiciel qui ne dit pas son nom», *I.R.D.I.*, 2007, p. 245.

³⁰² M. VIVANT (dir.), «Protéger les inventions de demain: biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires», INPI, La documentation française, 2003, p. 83.

³⁰³ Voy. O.E.B., grande chambre de recours, 11 novembre 2008, G 3/08, saisine en instance en vertu de l'article 112(1)b) C.B.E. par le président de l'O.E.B. sur la brevetabilité des programmes d'ordinateur, p. 6.

brevetabilité du programme d'ordinateur³⁰⁴ puisqu'il s'agissait en l'espèce d'une méthode mise en œuvre dans un système informatique. Et conformément à une telle qualification, elle se réfère à la décision *Hitachi* (voy. *infra*) relative à une méthode commerciale qui a admis qu'une méthode utilisant des moyens techniques est une invention. Dans l'affaire *Microsoft*, l'effet technique est tiré de l'existence du système informatique comprenant une mémoire. En outre, il est relevé que les étapes de méthode revendiquées contribuaient au caractère technique de l'invention. Ces étapes résolvent un problème technique (transfert de données d'un fichier à un autre) par des moyens techniques (formats presse-papier).

Dans l'affaire *Microsoft* il ressort qu'il s'agit d'une revendication portant sur une méthode, de sorte que les principes qui y ont été exposés pourraient être repris dans l'examen qui suit sur les méthodes commerciales.

104. La question épineuse de la brevetabilité des programmes d'ordinateur suscite au sein des chambres de recours de l'O.E.B. des positions souvent ambiguës et divergentes. C'est dans l'optique d'obtenir des éclaircissements sur des points précis qu'en novembre 2008, le président de l'O.E.B. a saisi la grande chambre de recours³⁰⁵. Les questions sur lesquelles cette instance est appelée à se prononcer sont les suivantes.

Le premier groupe de questions a trait à l'incidence de la catégorie de revendication utilisée (programme d'ordinateur tel quel ou méthode mise en œuvre par ordinateur) sur l'admission de la demande de brevet relative à un programme d'ordinateur. Le second groupe de questions renvoie à la revendication dans son ensemble, à savoir d'une part si la mention dans la demande de l'utilisation d'un ordinateur ou d'un outil de stockage de données exploitable par ordinateur suffit à lever l'exclusion de la brevetabilité et d'autre part si un effet technique supplémentaire est encore requis pour échapper à une telle exclusion. Le troisième groupe de questions est relatif aux caractéristiques particulières des éléments de la revendication et vise à déterminer comment leurs effets, combinés ou non, contribuent au caractère technique de la revendication. Enfin, le quatrième groupe de questions se réfère aux compétences de l'« homme du métier » et se focalise sur la qualification de l'activité de programmation. Cette saisine de la grande chambre de recours offre des éléments de compréhension évidents tant pour un aperçu de la pratique antérieure des chambres de recours de l'O.E.B. que pour les conséquences futures de leurs positions.

2. L'évolution de la jurisprudence sur la brevetabilité des méthodes commerciales

105. L'attitude des chambres de recours de l'O.E.B. face à des revendications ou litiges impliquant la brevetabilité des méthodes commerciales a évolué. Dans l'affaire *Pension Benefit System*, l'O.E.B. avait marqué sa volonté de refuser la brevetabilité des pures méthodes commerciales en imposant un contrôle strict du caractère technique de l'invention en elle-même, indépendamment de l'appréciation de l'activité inventive. À la suite de cette affaire, comme nous le verrons, l'O.E.B. s'est orienté vers une interprétation qui pouvait ouvrir la voie à une brevetabilité massive des méthodes commerciales en assouplissant l'exigence du caractère technique (a). Puis mu par

³⁰⁴ O.E.B., CRT, 1^{er} juillet 1998, T 1173/97, *IBM, J.O. O.E.B.*, 1999, p. 609.

³⁰⁵ O.E.B., grande chambre de recours, 11 novembre 2008, G 3/08, saisine en instance en vertu de l'article 112(1)b) C.B.E. par le président de l'O.E.B. sur la brevetabilité des programmes d'ordinateur, disponible sur le site de l'O.E.B.

une volonté de limiter les dérives, il a resserré l'étau en s'appuyant sur certains critères de fond de la brevetabilité prévus par l'article 52 de la C.B.E. (b).

a. L'assouplissement du caractère technique pour les méthodes commerciales

106. Le critère de la technicité est sous-entendu dans le concept d'invention généralement perçu comme la solution technique à un problème technique. C'est par le biais de cette caractéristique que sont exclues les méthodes commerciales, considérées comme abstraites et purement intellectuelles. Toutefois, le support de ces méthodes commerciales par des systèmes informatiques se traduit de plus en plus par une appréciation moins rigoureuse de la technicité, et, partant par un amenuisement de l'exclusion.

107. Le tribunal de première instance de Bruxelles a, dans une décision rendue le 22 janvier 2004³⁰⁶, reconnu qu'une méthode commerciale impliquant des moyens informatiques pour sa mise en œuvre, ne devait pas être considérée de prime abord comme exclue de la brevetabilité et pouvait donner lieu au paiement d'une indemnité raisonnable.

En l'espèce, il s'agissait d'une méthode de marketing téléphonique par SMS qui permettait aux souscripteurs du service de recevoir des informations sur les offres d'emploi via leur GSM ou leur *e-mail*. Le concepteur de ce procédé a déposé une demande de brevet européen sur la méthode. Un journal a ensuite utilisé cette méthode dans une campagne de promotion, utilisation pour laquelle le demandeur du brevet s'est estimé en droit d'obtenir une indemnité raisonnable prévue par l'article 67, § 2, de la Convention de Munich sur le brevet européen et l'article 29 de la loi de 1984 sur les brevets d'invention³⁰⁷. En arguant du fait que l'invention ne serait pas brevetable du fait de l'absence de contribution technique nouvelle et inventive, la partie défenderesse entendait se soustraire à un éventuel paiement de l'indemnité raisonnable. Le tribunal a estimé qu'il ne lui appartient pas d'examiner les conditions de fond de brevetabilité de la méthode litigieuse pour déterminer la légalité de l'octroi de l'indemnité raisonnable. Il a cependant relevé que cette indemnité pourrait être refusée s'il ressort de l'examen *prima facie* de l'invention, une absence flagrante de brevetabilité. Pour ce qui est de la méthode litigieuse, il conclut qu'un tel examen ne permet pas de conclure immédiatement à l'absence de nouveauté et d'activité inventive: «Il n'est pas établi que l'invention litigieuse, qui touche à la fois, à une méthode commerciale et à l'utilisation d'un programme d'ordinateur spécialement conçu à cet effet devrait être considérée d'emblée comme sortant du domaine du brevetable en vertu de l'article 52.2, c), de la C.B.E. ou de l'article 3, § 1^{er}, 3), de la loi du 28 mars 1984».

Ainsi, bien avant la décision *Hitachi*, mais dans les suites de la décision *Pension Benefit System*³⁰⁸, les tribunaux belges ont érigé la présence de moyens techniques (informatiques), en un critère

³⁰⁶ Civ. Bruxelles (71^e ch.), 22 janvier 2004, *I.R.D.I.*, 2005, p. 415.

³⁰⁷ Cet article dispose: «Une indemnité raisonnable fixée suivant les circonstances peut être exigée par le demandeur de brevet de tout tiers qui a fait de l'invention, entre la date à laquelle la demande de brevet a été soit rendue accessible au public sur requête du demandeur, soit remise en copie au tiers intéressé, et la date de la délivrance du brevet, une exploitation qui, après cette période, serait interdite en vertu du brevet».

³⁰⁸ Dans l'affaire *Pension Benefit System*, l'O.E.B. a opéré une distinction entre la méthode d'affaires et l'appareil qui permet de l'exécuter. La méthode qui se composait exclusivement de concepts économiques ne pouvait pas être brevetée, mais l'appareil pouvait l'être. O.E.B., CRT, 8 septembre 2000, T 931:95, *Pension Benefit System*, J.O. O.E.B., 2001, p. 575.

déterminant pour reconnaître la brevetabilité d'une méthode d'affaires. L'examen *prima facie* qu'évoque le tribunal se révèle insuffisant pour exclure de la brevetabilité des méthodes d'affaires lorsqu'est prévue dans la revendication l'utilisation de moyens informatiques. Il est évident que, contrairement à ce que semblent admettre les juges, il serait difficile d'apprécier les critères de fond simplement par un examen *prima facie*³⁰⁹. Le tribunal s'est réfugié derrière la possibilité de remboursement de l'indemnité en cas de rejet de la demande de brevet pour ne pas s'attacher davantage à l'appréciation du caractère flagrant ou non de la brevetabilité. Par ailleurs, vu que les conditions de fond (nouveau, activité inventive, application industrielle) ne sont pas examinées par l'office belge, il convient de se demander quel critère jouera désormais le rôle de filtre ?

Dans d'autres affaires, l'O.E.B. est allé dans le même sens en s'appuyant sur la présence de moyens techniques pour admettre la brevetabilité des méthodes commerciales.

108. C'est ainsi que dans l'affaire *Hitachi* de 2004³¹⁰, une méthode d'enchères pratiquée sur internet, c'est-à-dire avec l'aide d'un ordinateur et d'un programme d'ordinateur a été jugée comme une invention, non brevetable cependant pour défaut d'activité inventive. En l'espèce, la condition de technicité a été largement interprétée et a fait l'objet d'une analyse moins rigoureuse que dans la jurisprudence précédente. Celle-ci (*cfr Pension Benefit System*) a écarté de la brevetabilité les méthodes d'affaire dépourvues de technicité intrinsèque et a relevé que la seule présence de moyens techniques ne suffisait pas pour conférer le caractère technique à une méthode d'affaires.

Dans *Hitachi*, il est admis que dès lors que la méthode est mise en œuvre par un moyen technique, elle pourrait prétendre à la brevetabilité. Pour l'O.E.B. en effet, ce qui importe dans la notion d'invention, c'est l'existence du caractère technique que peut sous-tendre la nature d'une activité, ou que l'utilisation de moyens techniques peut conférer à une activité non technique. En particulier, il considère que l'activité non technique ne peut être considérée comme exclue de la brevetabilité en tant que telle au sens de l'article 52(2) et (3), de la C.B.E. Selon l'O.E.B., ce raisonnement serait « indépendant de la catégorie de la revendication ». Par conséquent, dans le cas d'une revendication de procédé, dès lors que des moyens techniques sont impliqués, on pourrait y voir une invention au sens de l'article 52 (1), de la C.B.E.

109. Après avoir admis qu'il s'agit d'une invention en tirant argument de l'existence de moyens techniques, l'O.E.B. a cependant conclu que la solution technique qu'apportait la méthode ne remplissait pas la condition de l'activité inventive. En effet, il a relevé dans cette affaire que même si la méthode présentait un caractère technique, il manquait une activité inventive consistant à apporter une solution technique à un problème technique. Pour la chambre, la méthode consistait en une modification d'un dispositif en contournant le problème de retards de transmission des informations entre les enchérisseurs et le serveur plutôt qu'en le résolvant. Ainsi, elle admet que « des étapes d'une méthode consistant à modifier un modèle d'activité économique et visant à contourner un problème technique plutôt qu'à le résoudre par des moyens techniques ne peuvent contribuer au caractère technique de l'objet revendiqué ». L'attitude de l'O.E.B. face

³⁰⁹ Dans ses attendus, le tribunal relève en effet que « l'examen *prima facie* de l'invention concernée par la demande de brevet ne permet pas davantage de conclure immédiatement à l'absence de nouveauté et d'activité inventive ».

³¹⁰ O.E.B., CRT, 21 avril 2004, T 258/03, *Hitachi*, J.O. O.E.B., 2004, p. 575.

aux méthodes commerciales se résume donc dans l'assouplissement de l'appréciation du caractère technique et dans une vérification plus stricte des critères de nouveauté et d'activité inventive qu'apportent les aspects techniques de la méthode. Si ceux-ci n'apparaissent que dans les éléments conceptuels de la méthode, la brevetabilité sera refusée.

110. On aurait pu penser que, suite à la décision *Hitachi*, n'importe quelle méthode s'appuyant sur un système informatisé pourrait prétendre à la brevetabilité au point qu'on en arriverait à la brevetabilité des méthodes les plus classiques³¹¹. Toutefois, il reste que le recours au moyen technique ne doit pas être qu'implicite, tel qu'il ressort de l'affaire *Pitney Bowes* du 22 mars 2006³¹² dans laquelle l'appelant a estimé pouvoir bénéficier de la brèche ouverte par l'affaire *Hitachi*. L'O.E.B. a écarté la brevetabilité pour absence de caractère technique. En l'espèce, la revendication portait sur une méthode de distribution d'objets postaux qui visait à résoudre l'impossibilité de remise d'un colis à son destinataire. Aucune des revendications n'indiquait explicitement les moyens techniques susceptibles d'être utilisés. Pour la chambre, même s'il reste que la méthode doit être mise en œuvre par un moyen technique (un ordinateur en l'espèce), les activités exclues de la brevetabilité le restent même si elles impliquent la possibilité d'utiliser des moyens techniques non spécifiés. Ceci est logique et, comme l'a souligné l'O.E.B., à défaut, toute méthode économique qui pourrait implicitement recourir à une fonction offerte par des moyens techniques serait brevetable.

Il a aussi exclu l'utilité de la méthode revendiquée comme critère de brevetabilité. Sur ce point, l'O.E.B. montre qu'elle se démarque de la pratique établie au sein des offices de brevet américains qui admettent la brevetabilité d'une méthode du fait de son utilité.

Hormis le cas où la revendication n'apporte pas de précision quant aux moyens techniques utilisés par la méthode, l'O.E.B. semble survoler le caractère technique en préférant s'attarder sur l'appréciation des autres critères de brevetabilité.

b. L'appréciation de la brevetabilité des méthodes d'affaires sur le seul plan des critères de fond

111. L'O.E.B. a, dans d'autres affaires, adopté sa stratégie de repli derrière l'appréciation des critères de nouveauté et d'activité inventive.

Ainsi, dans l'affaire *Catalina* de 2005³¹³, l'O.E.B. s'est appesanti sur l'appréciation de l'activité inventive pour exclure de la brevetabilité la méthode revendiquée. En l'espèce, il s'agissait d'une méthode de *couponing*, c'est-à-dire de production de bons remboursables dans un magasin de détail, par suite de l'achat d'un article. L'appelant demandait que soit reconnu un caractère inventif à son invention résidant dans la combinaison d'éléments nouveaux dont certains étaient de nature non technique. Pour la chambre de recours, l'activité inventive ne doit pas être appréciée en fonction des éléments non techniques puisque ceux-ci doivent être entendus comme

³¹¹ Voy. point 4.6 de la décision *Hitachi* dans lequel la chambre de recours technique admet que la décision conduit à breveter des activités qui sont si courantes que leur caractère technique tend à être négligé, par exemple l'acte consistant à écrire en utilisant un stylo et du papier.

³¹² O.E.B., CRT, 22 mars 2006, T 388/04, *Pitney Bowes*; décision disponible sur le site de l'O.E.B.

³¹³ O.E.B., CRT, 17 mars 2005, T 0531/03, *Catalina*. L'affaire *Catalina* avait fait l'objet d'un appel devant la cour d'appel de Paris. Pour cette décision, voy. Paris, 4^e ch. A, 28 avril 2004, *Société Infomil c. société Catalina marketing Corp., Propriétés intellectuelles*, juillet 2004, n° 12, p. 790.

des éléments exclus de la brevetabilité³¹⁴ sauf s'ils ont mis en œuvre dans un système technique. Sur ce point, l'O.E.B. s'est référé à la décision *Hitachi* précitée. À l'issu de ces quelques précisions, elle a cependant conclu en l'absence d'activité inventive car le moyen technique en présence ne permet d'obtenir qu'un effet technique banal. La décision *Catalina* vient atténuer les effets qu'aurait entraîné l'affaire *Hitachi* en écartant de pures méthodes dont la technicité ne réside que dans l'utilisation de moyens techniques usuels et dont la nouveauté réelle ne résiderait que dans des considérations méthodologiques ou marketing.

112. Une autre affaire dans laquelle l'O.E.B. a focalisé son attention sur l'activité inventive est l'affaire *Loan System/King* de 2007³¹⁵. Il a été reconnu sur la base de la décision *Hitachi* précitée que la méthode avait un caractère technique et qu'elle constituait de ce fait une invention. L'O.E.B. a toutefois conclu en l'absence d'activité inventive et de nouveauté. En l'espèce, il s'agissait d'une méthode de support à la création et au paiement de contrats financiers et à la gestion d'opérations entre plusieurs comptes financiers interconnectés. La méthode était basée sur un ordinateur composé d'une machine de traitement de données et d'une base de données électronique, qui, selon la chambre conféraient le caractère technique à l'invention. Cependant, elle a relevé que les autres étapes de la méthode ainsi que les données sur lesquelles l'ordinateur opère sont liées aux affaires et recouvrent des concepts non techniques de création et d'administration de contrats financiers.

L'O.E.B. a souligné que le système en question, appelé «système de traitement de données de gestion des comptes», ne peut être considéré comme ordinaire puisqu'il met en œuvre des tâches additionnelles tel que l'ajustement des taux. Toutefois, si l'on s'en tient à cette appellation, il n'est pas techniquement différenciable d'un système ordinaire de traitement de données, puisque le groupe de mots «gestion de comptes» constitue une désignation générale des tâches non techniques exécutées par le système de traitement des données. De même, l'O.E.B. ajoute qu'aucune caractéristique dans la revendication ne définit l'architecture spécifique de l'ordinateur. Il en déduit par conséquent que l'état de la technique consiste en un système d'ordinateur général utilisé dans le secteur concerné. Par ailleurs, l'O.E.B. a relevé que les fonctions spécifiques utilisées par l'ordinateur constituent des concepts financiers, donc des éléments non techniques. Pour lui, la mise en œuvre d'une méthode par le biais d'un système impliquant un ou plusieurs ordinateurs et au moins une base de données électronique est usuelle et ne démontre pas une activité inventive.

On voit dans cette affaire que bien que reposant sur des données et concepts non techniques, la méthode revêt un caractère technique du fait de l'emploi d'un système informatique. L'O.E.B. recherche désormais dans les éléments techniques présents les critères de nouveauté et d'activité inventive.

3. Conclusion

113. Au stade actuel, concernant les programmes d'ordinateur, l'O.E.B. s'efforce de procéder à une différenciation peu compréhensible des concepts «programme d'ordinateur» et «méthode

³¹⁴ Voy. le point 2.2 de la décision T 0531/03.

³¹⁵ O.E.B., CRT, 7 mars 2007, T 1284/04, *Loan System/King*, disponible sur le site de l'O.E.B.

mise en œuvre par un système informatique », concepts qui visent en fait un même but : la production d'un résultat par un système informatique. Même s'il ne semble pas vouloir l'admettre, l'O.E.B. marque ainsi un grand pas dans l'admission de la brevetabilité du logiciel. La conséquence qui en résulte est que les demandeurs dissimuleront subtilement les revendications relatives aux programmes d'ordinateur. Comme l'a souligné S. Dusollier, « ce n'est toutefois pas en jouant sur les mots pour sortir à tout prix de l'exclusion prévue par les textes qu'on pourra construire un système cohérent de brevetabilité des inventions informatiques, qu'il s'agisse de dispositifs ou de logiciels »³¹⁶.

Pour les méthodes d'affaires, le critère de technicité a subi un affaiblissement considérable puisque pour son appréciation seule est prise en compte la présence de moyens techniques pour mettre en œuvre la méthode, même abstraite et intellectuelle. Heureusement, il reste les critères d'activité inventive et de nouveauté pour opérer le tri. Il reste toutefois que pour l'Office belge de la propriété intellectuelle qui n'examine pas les conditions de fond de brevetabilité, le risque est grand de laisser passer des méthodes qui ne devraient pas être brevetées.

E. Droit des marques et des signes distinctifs

Alexandre CRUQUENAIRE³¹⁷

114. La précédente chronique faisait la part belle aux questions liées à l'enregistrement des noms de domaine. L'examen de la période sous revue révèle une diversification des litiges. Ce constat est logique. En effet, l'élément déterminant à la base du contentieux en la matière est la volonté et la nécessité de se distinguer des tiers, et en particulier des concurrents. Dès lors que les techniques de promotion et de référencement des sites web se sont diversifiées par l'usage de nouveaux outils, le contentieux allait nécessairement suivre une voie parallèle.

De la période couverte, on observera donc tout d'abord quelques décisions intéressantes sur les noms de domaine (1). On remarquera davantage le développement du contentieux relatif aux outils de référencement, et, en particulier, celui relatif à l'usage de mots-clés dans les moteurs de recherche (2). Enfin, quelques décisions apportent des précisions quant à la licéité de l'utilisation d'un signe distinctif sur le web (3).

1. Les noms de domaine

115. En raison du développement des enregistrements spéculatifs de noms de domaine, le législateur belge a estimé opportun d'adopter une loi spécifique sanctionnant l'enregistrement abusif de noms de domaine³¹⁸. Durant la période examinée, plusieurs décisions de jurisprudence sont venues préciser la portée des dispositions de cette loi. Un examen systématique de la ques-

³¹⁶ S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 247.

³¹⁷ Maître de conférences aux FUNDP et avocat.

³¹⁸ Loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine, *M.B.*, 9 septembre 2003, p. 45225. Pour une analyse de cette loi, voy. : F. DE CLIPPELE, « Domeinnaamkaping en rechtshandhaving. De bestraffing van de wederrechtelijke registratie van domeinnamen », *R.W.*, 2004-2005, pp. 401 et s. ; A. CRUQUENAIRE, « La loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine. Et la montagne accoucha d'une souris... », *J.T.*, 2004, pp. 545-552.